

Note

« La méthode juridique en histoire selon Walter Ullmann (1910-1983) »

Normand Marion

Les Cahiers de droit, vol. 38, n° 4, 1997, p. 919-944.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043469ar>

DOI: 10.7202/043469ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La méthode juridique en histoire selon Walter Ullmann (1910-1983)

Normand MARION*

Dans son œuvre historiographique, l'éminent médiéviste Walter Ullmann a incité à plusieurs reprises les historiens à recourir davantage au discours juridique pour mieux circonscrire la réalité d'une époque. Dans le présent texte, l'auteur tente de reconstituer le discours élaboré à l'occasion par le professeur Ullmann pour promouvoir la méthode juridique en histoire, discours qui constitue une contribution méconnue au domaine de la jurisprudence historique.

In his historiographic work, the eminent medieval scholar Walter Ullmann incited historians on various occasions to resort more often to legal discourse to better illustrate the reality of those times. This paper attempts to reconstitute the discourse then advanced by Professor Ullmann to promote the legal method in history. This discourse constitutes a little known contribution in the field of historic jurisprudential studies.

* Professeur, Département de sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

	Pages
1. Le droit comme miroir de la société	921
2. Le droit comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et ecclésiologique	928
3. Le droit comme instrument de gouvernement du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel	929
3.1 Quelques remarques préliminaires	929
3.2 Le discours d'Ullmann	936
Conclusion	944

Juriste autrichien, ayant abordé la pratique, la recherche et l'enseignement du droit, Walter Ullmann s'est réfugié en Angleterre lors de la montée du nazisme. Après avoir poursuivi sa formation d'historien, il est devenu responsable de l'enseignement de l'histoire de la pensée ecclésiologique puis de la pensée politique médiévale à l'Université de Cambridge. Son œuvre d'historien est considérable ; elle compte treize monographies dont certaines ont fait l'objet de plusieurs traductions (en allemand, en espagnol, en italien, en japonais) et plus d'une centaine d'articles publiés dans des revues scientifiques et des actes de colloque¹.

Walter Ullmann fait souvent référence à la méthode juridique en histoire dans l'élaboration de son œuvre. Cette approche méthodologique fait l'objet d'énoncés qui se retrouvent plus précisément dans quelques articles où l'auteur se fait le promoteur du recours au droit comme un instrument indispensable pour mener à bon port les recherches historiques. Sa justification de la méthode juridique en histoire se rencontre au hasard des lectures sous la forme de thèmes que l'historien-juriste cherche à situer dans une perspective historique :

- 1) le droit comme miroir de la société ;
- 2) le droit comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et ecclésiologique ;
- 3) le droit comme instrument de gouvernement du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel.

1. Une bibliographie complète de l'œuvre d'Ullmann a été compilée par Peter Linehan, dans B. TIERNEY et P. LINEHAN (dir.), *Authority and Power: Studies on Medieval Law and Government presented to Walter Ullmann on his Seventieth Birthday*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pp. 255-274. Cette bibliographie fut mise à jour dans W. ULLMANN, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, Collected Studies V, Londres, Variorum Reprints, 1988, pp. xv-xviii.

Pour éviter de restructurer autrement un cheminement fait d'hypothèses reprises, développées ou tout simplement abandonnées, de jugements hâtifs puis plus nuancés, il nous est apparu indispensable de présenter dans l'ordre chronologique l'essentiel du discours d'Ullmann sur ces thèmes.

1. Le droit comme miroir de la société

Ce thème est énoncé avec une connotation très révélatrice de la pensée d'Ullmann au début de la préface de sa première monographie : « Law is that expression of civilization which most closely approaches perfection. Nowhere is *the spirit of an age* better mirrored than in the *theory of law*². »

Pour Ullmann, dès sa première monographie, il est clair que, dans la théorie du droit des juristes italiens du Moyen Âge, c'est tout l'esprit de la pensée médiévale qui est mis à contribution pour expliquer, en fonction de la cosmologie chrétienne, l'origine, la nature et le domaine du droit³. Le droit et la théorie du droit sont le miroir de l'esprit d'une époque, car les théoriciens du droit subissent fortement l'influence de la philosophie de leur temps⁴.

Dans la préface de son ouvrage *Medieval Papalism* [...], Ullmann rend hommage à F.W. Maitland, juriste devenu historien, qui fut l'un des premiers à s'aventurer dans le domaine obscur situé entre le droit et l'histoire pour mettre en lumière, dit Ullmann, le développement de la pensée occidentale (*Western mind*)⁵.

Dans ses conférences données à Cambridge en 1948, Ullmann qualifie alors d'indispensable l'étude de la théorie des canonistes pour la compréhension de toute action politique⁶. À cette étape de son œuvre, Ullmann insiste surtout sur le fait que les canonistes ont été des agents importants de l'histoire médiévale, et ce, d'autant plus que papes et cardinaux ont souvent été d'éminents canonistes⁷. « Any attempt to understand medieval history without registering the theories of the canonists and of canon law itself, is doomed to be fruitless⁸. »

2. W. ULLMANN, *The Medieval Idea of Law, as Represented by Lucas de Penna; A Study in Fourteenth-century Legal Scholarship*, Londres, Methuen, 1946, p. VII (l'italique est de nous).

3. *Id.*, p. 1.

4. *Id.*, p. 26.

5. W. ULLMANN, *Medieval Papalism: The Political Theories of the Medieval Canonists*, Londres, Methuen, 1949, p. VII.

6. *Id.*, p. 2.

7. *Id.*, pp. 3, 7 et 16.

8. *Id.*, p. 8.

Dans son argumentation, Ullmann soutient que les canonistes ont cherché à traduire en normes juridiques les principes de la morale chrétienne. « Law was substituted for an ideology⁹. » C'est dans le discours des canonistes que l'on peut le mieux circonscrire tout le pouvoir reconnu à la papauté,¹⁰ un pouvoir suprême dans le domaine tant spirituel que temporel,¹¹ un pouvoir qui englobe tous les aspects de la vie humaine¹². La consultation des écrits des canonistes apporte, selon Ullmann, un éclairage important aux bulles, décrets, lettres des papes, etc., qui, trop reliés à des situations de fait, ne permettent pas à eux seuls de délimiter de façon appropriée la pensée ecclésiologique qui sous-tend ces écrits. Les canonistes, en tant que commentateurs des écrits pontificaux, ont cherché à expliquer la structure des idées qui ont animé les écrits des pontifes¹³. Ces derniers ont d'ailleurs subi l'influence des idées véhiculées par les canonistes : « Every legislator, whether ancient, medieval or modern, is caught in the network of the ideas whithin which he lives. Rulers are as much the « victims » of prevailing ideas as their humble subjects¹⁴. » Ullmann ajoute même que l'histoire du moyen âge peut être considérée en grande partie comme le résultat qui découle de cette interdépendance entre la papauté et les canonistes, « a continual circulatory process¹⁵ ». La très grande importance accordée à ce processus circulaire est par la suite abandonnée par Ullmann dans son argumentation.

En 1960, au XI^e Congrès international des sciences historiques, Ullmann s'étend davantage sur les différentes composantes de sa méthode juridique ; son approche de la question se situe dans la perspective de la jurisprudence historique par l'entremise de la lecture de la société médiévale qu'il devait développer largement dans *Principles of Government* [...]. Le but avoué de sa communication intitulée « Law and the Medieval Historian » est de faire valoir que, sans un minimum de connaissances des principes juridiques et des thèmes de la théorie du droit, l'histoire médiévale ne peut être poursuivie à profit¹⁶. Ullmann y réaffirme que le droit de tout temps reflète les idées qui sont sous-jacentes à une société particulière ; le

9. *Id.*, p. 45.

10. *Id.*, p. 50 et suiv.

11. *Id.*, p. 77 et suiv.

12. *Id.*, p. 107.

13. *Id.*, p. 80 et suiv.

14. *Id.*, p. 80.

15. *Id.*, p. 178.

16. W. ULLMANN, « Law and the Medieval Historian », *Rapports du XI^e Congrès international des sciences historiques*, Stockholm, 1960, p. 35. Réédité dans W. ULLMANN, *Jurisprudence in the Middle Ages*, Collected Studies, Londres, Variorum Reprints, 1980, I, pp. 34-74.

droit cristallise une idée abstraite et la traduit en termes d'action sociale. « Every system of law stands in the closest possible relation to the ideas, aims, purpose, to the *finis*, to the *telos*, of a society¹⁷. » Le droit est donc le lieu où s'exprime le plus manifestement la finalité d'une société. Ullmann poursuit sa communication en illustrant par différents points que cette finalité, une fois circonscrite à l'aide du droit, permet une lecture plus appropriée de la société médiévale.

À la fin de son exposé, Ullmann déplore n'avoir abordé que quelques points pour démontrer l'utilité de recourir à l'intégration de la pensée juridique à la pensée historique. L'historien reconnaît avoir négligé ainsi les domaines de la diplomatie, du droit privé, les éléments juridiques de la liturgie, le droit de la famille, le droit de la guerre, le droit procédural, le droit des pauvres, le droit criminel, l'administration de la loi, le droit des villages, des communes et des guildes, les *consilia* des postglossateurs¹⁸, etc.

Concluant son réquisitoire de façon grandiloquente, Ullmann affirme qu'une lecture plus appropriée de la société médiévale pourrait résulter de recherches historiques inspirées et dirigées par le droit, rendant ainsi justice à une vision intégrale de l'individu et de la société médiévale. Alors il sera possible de réaliser à quel point la conception de l'histoire (*Geschichtsbild*) au Moyen Âge a été façonnée par le droit. « The history of the Middle Ages is the unfolding in space and time of the idea of law and right¹⁹. » Ullmann aura ultérieurement l'occasion de préciser sa vision intégrale de l'individu et de la société.

Entre temps, Ullmann est revenu d'une manière plus concrète sur la méthode juridique en histoire dans son introduction à la réédition de l'*History of the Inquisition of the Middle Ages* [...] de H.C. Lea. Ullmann rend hommage à l'approche méthodologique préconisée par cet historien américain autodidacte du XIX^e siècle. Dans un premier temps, Lea incitait à recourir aux sources et non pas aux commentaires ; dans un second temps, Lea considérait qu'il n'y avait pas de meilleur guide ni de miroir plus fiable pour comprendre véritablement une institution ou une période historique que le droit édicté et pratiqué ; la période médiévale étant dominée par l'Église, le droit canon s'avère l'instrument privilégié pour comprendre les institutions médiévales, du moins dans le domaine ecclésial²⁰.

17. *Ibid.*

18. *Id.*, 69-71.

19. *Id.*, 72.

20. W. ULLMANN, « Historical Introduction », dans H.C. LEA, *The Inquisition of the Middle Ages*, Londres, Eyre and Spottiswoode, 1963, p. 12. Réédité dans W. ULLMANN, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, Collected Studies, Londres, Variorum Reprints, 1988, XVI, pp. 11-51.

Ullmann louange évidemment le bien-fondé d'une telle approche méthodologique, soulignant à quel point elle était innovatrice à l'époque et encore trop peu utilisée. Il insiste également sur l'importance accordée par Lea non seulement au droit mais à la théorie du droit, ce dernier ayant déjà écrit : « The history of jurisprudence is the history of civilization²¹. » De plus, Ullmann cite le passage suivant de la préface de Lea : « At the commencement of my historical studies I speedily became convinced that the surest basis of investigation for a given period lay in an examination of its jurisprudence, which presents without disguise its aspirations and the means regarded as best adapted for their realization²². » Commentant ce passage, Ullmann affirme que c'est uniquement par le droit et son application que la finalité d'une société organisée peut être traduite en pratique²³.

En présentant le contenu de l'ouvrage de Lea, Ullmann insiste sur la qualité toujours très pertinente, malgré le temps écoulé, de la première partie de l'ouvrage qui repose essentiellement sur la méthode juridique par la consultation des manuels d'instruction d'inquisiteurs notoires, des déclarations des conciles provinciaux et généraux concernant la procédure d'enquête et, enfin, des nombreuses lois des papes qui précisent les pouvoirs des inquisiteurs et qui prévoient l'assistance requise des différents gouvernements séculiers²⁴.

En 1965, Ullmann est revenu sur le thème du droit comme miroir de la société médiévale dans une communication au Premier Congrès de la Société internationale d'histoire du droit. Dans « Historical Jurisprudence, Historical Politology and the History of the Middle Ages », il reprend son plaidoyer en faveur de la méthode juridique en histoire tout en illustrant ses propos par la présentation de sa lecture de la société médiévale dans laquelle il s'attarde particulièrement sur le statut de l'individu au sein de la société médiévale.

Ullmann propose cette fois une argumentation en partie renouvelée pour promouvoir le recours à la jurisprudence historique. Déplorant l'énergie déployée par les historiens contemporains sur des points ayant, à ses yeux, peu de valeur historique, Ullmann insiste sur le fait que la jurisprudence historique se préoccupe essentiellement de la norme, donc de ce qui est de portée générale, de ce qui est usuel, des prémisses communément

21. *Id.*, 17.

22. *Ibid.*

23. *Id.*, 16.

24. *Id.*, 25.

acceptées et non pas de ce qui est unique, particulier²⁵. Le droit médiéval étant perçu comme l'*anima du corpus* social, son substrat, la *justitia*, a fait l'objet de grandes préoccupations de la part des gouvernements médiévaux ainsi que des philosophes et des théologiens. Or seul le droit permet de pénétrer, de circonscrire la conception de la justice, cet élément essentiel de toute société²⁶.

Ullmann répond subtilement à des critiques déjà formulées à son endroit en se faisant le défenseur de la méthode juridique en histoire. Il considère que l'on reproche à tort à l'historien de la pensée juridique de traiter son sujet d'une manière qui n'est pas historique en ne prenant pas en considération un événement ou une personnalité particulière. Pour Ullmann, le caractère éphémère de certaines situations fait en sorte qu'elles n'entrent pas dans le domaine de la théorie du droit, l'éphémère ne méritant pas la distinction d'être transposé dans le discours juridique²⁷.

En 1973, dans le cadre d'une conférence inaugurale à Cambridge, Ullmann se livre à une critique très virulente de la surspécialisation en histoire et reprend son réquisitoire sur le droit en tant que meilleur instrument pour préciser de façon appropriée la vie sociale et publique²⁸. Dans la conférence intitulée « The Future of Medieval History » le discours d'Ullmann porte sur les nouveaux champs de recherche qui pourraient être créés si le droit et les principes de la pensée juridique recevaient tout le crédit qu'ils méritent²⁹. En premier lieu, si les rudiments de la théorie du droit et une connaissance de base de la Bible étaient intégrés aux études historiques, justice serait enfin rendue au point de vue globalisant de la pensée médiévale³⁰. Il y aurait lieu également de s'intéresser à l'application de la théologie juridique qui prend la forme d'un symbolisme concret dans les couronnements, dans les vêtements³¹, etc. Une connaissance rudimentaire de la théorie du droit, de la liturgie et de la théologie permettrait de saisir toute l'importance accordée à la règle de droit dans la société médiévale

25. W. ULLMANN, « Historical Jurisprudence, Historical Politology and the History of the Middle Ages », *Atti del Primo Congresso Internazionale della Società di Storia del Diritto*, Florence, 1965, p. 196. Réédité dans W. ULLMANN, *op. cit.*, note 16, II, pp. 195-224.

26. *Id.*, 209-211.

27. *Id.*, 222.

28. W. ULLMANN, « The Future of Medieval History : An Inaugural Lecture Delivered in the University of Cambridge », Cambridge, Cambridge University Press, 1973, p. 5 et suiv. Réédité dans W. ULLMANN, *Scholarship and Politics in the Middle Ages*, *Collected Studies*, Londres, Variorum Reprints, XV, pp. 1-30.

29. *Id.*, 8.

30. *Id.*, 11.

31. *Id.*, 11-14.

même s'il y a eu de nombreux privilèges, dispenses, immunités. La règle de droit explique l'exubérance du symbolisme juridique qui se manifeste dans les armoiries, dans les sceaux³².

Un autre domaine qui pourrait faire l'objet de recherches plus nombreuses est celui des conciles généraux, provinciaux et diocésains qui ont transposé dans le langage concis du droit les préceptes chrétiens. Ces conciles étaient composés de personnes qui connaissaient très bien les besoins de la société, les comportements qu'il fallait promouvoir et les pratiques sociales à éliminer. Ces conciles, selon Ullmann, étaient des baromètres de l'opinion publique, car les participants pouvaient difficilement « declare law what was unacceptable to those who were to live by it³³ ».

Les *consilia* des juristes sont une autre source importante de l'instrumentation juridique encore peu exploitée pour établir les conditions sociales de l'époque. Un juriste comme Balde a rédigé 2061 *consilia*. Ces opinions juridiques ont trait notamment au statut d'un individu ou d'une corporation, aux relations entre un monastère et une municipalité, à l'application de la souveraineté territoriale aux problèmes de taxation, aux droits miniers, aux droits de pêche, au droit maritime. Les *consilia* reflètent la réalité sociale mieux que toute autre source. Les grands problèmes d'une époque, comme les questions de frontières, la validité d'élections, les schismes³⁴, ont aussi fait l'objet d'avis juridiques.

Deux ans plus tard, en 1975, Ullmann a livré sa contribution la plus substantielle en ce qui concerne le droit comme instrumentation de recherche en histoire par la publication de son introduction aux sources de la pensée politique médiévale. Cependant, le discours d'Ullmann sur ce thème n'est plus du tout descriptif : il présente alors une longue argumentation qui relève au passage les influences philosophiques et théologiques qui ont conféré au droit médiéval une importance telle qu'il s'avère à ce moment précis, plus que dans toute autre période, un instrument indispensable pour circonscrire la réalité sociale.

L'argumentation du professeur Ullmann repose sur une prémisse selon laquelle le droit et la théorie du droit du Moyen Âge ont été l'expression du point de vue holistique de la doctrine chrétienne, point de vue où il n'y a pas de séparation entre la pensée et l'action, entre l'idéologie et la réalité³⁵. S'il

32. *Id.*, 16 et suiv.

33. *Id.*, 19.

34. *Id.*, 20-21.

35. W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages: Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Londres, Sources of History, 1975, pp. 12-13.

est possible de noter un écart entre l'idéologie communiste et sa réalisation par le droit, entre l'idéologie capitaliste et sa réalisation par le droit, un tel écart n'a pas existé, selon Ullmann, pour la presque totalité de la période médiévale, car c'est dans le discours juridique que s'est exprimée l'idéologie³⁶. En conséquence, le droit médiéval a été un élément vital du façonnement de la société médiévale, il fut l'âme du corps public. Ni dans l'Antiquité ni dans la période moderne, le droit n'a assumé un rôle aussi important, et ce, malgré toutes les difficultés reliées à l'application du droit, difficultés en partie résolues par les nombreuses copies effectuées pour communiquer le point de vue des instances décisionnelles³⁷.

Le point de vue holistique de la doctrine chrétienne a été nourri par la pensée de Platon et véhiculé surtout par la papauté du v^e siècle³⁸. C'est le thème du baptême, qui opère une métamorphose chez les chrétiens en transformant l'être humain naturel en une nouvelle créature, qui a servi d'assise à la constitution d'une société chrétienne où la préoccupation du salut de l'âme rend légitime la prise en charge de cette société par un droit qui traduit les enseignements de l'Église³⁹. En perdant leur caractère naturel, les chrétiens entrent dans une société créée par Dieu et qui a ses propres principes et ses propres normes. Les membres de cette société sont soumis aux lois de celle-ci qui sont élaborées uniquement par les personnes habilitées à interpréter la Bible⁴⁰. Dans le cadre de cette cosmologie religieuse où Dieu régit l'univers, « human law could not contradict divine law as demonstrated in the Bible, and in some respects became, when once issued, part of the world order itself. In the last resort this is the explanation of why law in the Middle Ages assumed so crucial and overriding a role and was viewed with a respect which it has never since enjoyed⁴¹. »

Pour Ullmann, ce fondement du droit dans la cosmologie religieuse fit en sorte que le droit, en tant que force régulatrice de la société, est devenu indépendant, divorcé de la personne qui édicte le droit. Cette dernière n'est plus qu'un instrument au service d'une cosmologie, d'une idéologie gouvernementale. Le droit est donc devenu la force d'intégration par excellence de la société, l'âme de la société. C'est d'ailleurs dans cette conception

36. *Id.*, pp. 26-27.

37. *Id.*, pp. 28-29.

38. *Id.*, p. 39.

39. W. ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Methuen, 1955, p. 33 et suiv. et p. 97 et suiv.

40. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 35, p. 39 et suiv.

41. *Id.*, p. 46.

médiévale du droit, à laquelle on a attribué un caractère sempiternel, qu'il faut chercher l'origine de la règle de droit, de l'État de droit (*Rechtsstaat*)⁴².

2. Le droit comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et ecclésiologique

Dès *The Medieval Idea of Law* [...], Ullmann expose de façon très explicite le lien étroit existant entre le droit et la politique au moyen âge : « Politics and Law were not distinct branches of learning in the Middle Ages⁴³. » Ullmann argumente alors sur la raison d'être de cette situation de la façon suivante. Premièrement, elle est en partie redevable aux notions de portée générale contenues dans le *Corpus Juris Civilis* sur des sujets qui, de nos jours, seraient considérés comme appartenant au domaine de la science politique. Deuxièmement, le contexte dans l'empire médiéval était tel qu'il incitait à penser en termes politiques les rapports entre l'empire et la papauté, entre l'empire et les royaumes... Troisièmement, enfin, la théorie médiévale du droit a été contrainte d'élucider des principes de base concernant la société humaine qui relèvent maintenant davantage de la sociologie. Reprenant alors ce dernier point de l'historien du droit anglais W. Holdsworth, Ullmann souligne : « The medieval notion of law itself was far wider than the modern one, and comprised provinces which nowadays would come under the heading of politics and morals⁴⁴. »

Ullmann ajoute également que si les travaux des glossateurs du droit romain s'appuyaient sur la méthode grammaticale, logique et dialectique pour circonscrire le contenu du droit, par contre les postglossateurs se sont davantage attardés sur l'interprétation philosophique du droit romain ; ils recherchaient les grands principes universellement valides. Ils ont eu recours aux arguments philosophiques pour résoudre les problèmes de droit. Le droit était alors perçu comme un domaine de l'éthique⁴⁵. Cela explique pourquoi Luc de Penna se prononce dans ses commentaires du droit romain sur le bien-fondé de la plénitude ou non du pouvoir de la papauté, sur les pouvoirs des monarques et des membres de la communauté, sur la tyrannie et la guerre⁴⁶.

Dans *Medieval Papalism* [...] d'Ullmann, son étude des théories politiques des canonistes médiévaux (de Gratien à Boniface VIII), le thème du droit comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et

42. *Ibid.*

43. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 2, p. 163.

44. *Id.*, p. 164.

45. *Id.*, pp. 1-3.

46. *Id.*, pp. 163-198.

ecclésiologique est en quelque sorte la raison d'être de son exposé. Il insiste sur l'importance grandissante du droit depuis la réforme grégorienne, car toute la querelle entre le pape et l'empereur est centrée sur le droit, constitue un conflit constitutionnel, se situe entièrement sur le terrain du droit⁴⁷. Les canonistes ont élaboré les thèses en faveur de la papauté, les civilistes ou légistes, celles en faveur de l'empire. La science juridique médiévale équivalait aux domaines qualifiés de nos jours de *social sciences* et « politics and law were interchangeable terms in medieval days⁴⁸ ».

Pour Ullmann, les historiens ont accordé trop d'importance aux discours des philosophes, des théologiens et des publicistes et négligé les canonistes qui ont été les véritables auteurs de la théorie politique. Certains canonistes, devenus papes, cardinaux ou conseillers de monarques, ont fait de la politique et transposé leurs enseignements de juristes dans l'univers politique⁴⁹. « The medieval canonist was a jurist, politician, and statesman all in one⁵⁰. » En outre, le droit canon se voulait beaucoup plus important que le droit romain : « one deals with the earthly, the other with the divine⁵¹ ». Cette supériorité du droit canon s'est aussi reflétée dans la perception que les canonistes ont eue de l'importance de leur domaine d'étude qui dominait les autres domaines du savoir humain⁵².

C'est donc avec beaucoup d'assurance que les canonistes ont mis en avant une pensée politique préconisant la plénitude du pouvoir de la papauté, reléguant l'empereur et les monarques au rôle d'instruments du pouvoir spirituel⁵³. Cette pensée sera mise en application par les papes juristes du XIII^e siècle et « Boniface's *Unam Sanctam* formed the theory into a law⁵⁴ ».

Dans sa recherche des fondements historiques de l'étroite relation entre la pensée juridique et la pensée politique, Ullmann se heurte littéralement à une situation paradoxale, car les éminents juristes médiévaux ont manifesté peu d'intérêt pour le droit féodal. Chez Ullmann, cette question prend la forme d'une véritable antithèse. Il devient effectivement difficile de soutenir le thème du droit comme lieu d'expression de la pensée politique si les juristes se désintéressent du droit qui est appliqué. Face à cette situation, Ullmann doit en quelque sorte se résigner : « One might almost go

47. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 5, pp. 1 et 8.

48. *Id.*, p. 8.

49. *Id.*, pp. 2-7.

50. *Id.*, p. 10.

51. *Id.*, p. 19.

52. *Id.*, p. 30.

53. *Id.*, pp. 76-113.

54. *Id.*, p. 93.

as far as to say that the scholarly examination of the law stood in an inverse proportion to the actually administered law. Theoretical jurisprudence and the practice of the law took by no means always the same route⁵⁵. »

Pendant plusieurs années, Ullmann a proposé différentes explications à cet état de fait : le droit féodal ne se prête pas à la méthode déductive des juristes⁵⁶, le droit féodal, à l'instar d'autres manifestations du pouvoir populaire, n'a pas représenté une menace à la conception théocentrique du pouvoir⁵⁷, les écoles de droit sont demeurées fidèles à la tradition et ont ignoré les thèses d'Aristote, les juristes ont perdu le monopole du traitement des questions politiques. Ullmann attribue à l'influence de l'Université de Paris l'émergence d'une nouvelle approche du politique qui a mieux intégré les thèses d'Aristote et qui n'a plus recours à la tradition juridique :

When, say, Bologna or Perugia asked a question, they answered in terms of the law, that is, whether or not an action was in consonance with the law, was just or unjust, legal or illegal. When Paris asked a question, the answer was not given in juristic terms, but in terms of philosophy or theology⁵⁸.

Aux XIV^e et XV^e siècles, le discours sur le droit des juristes n'est plus désormais le lieu d'expression privilégié de la pensée politique et de la pensée ecclésiologique. Mais la théorie du droit demeure quand même ce lieu d'expression, car Marsile de Padoue, dit Ullmann dans *A History of Political Thought* [...], « would not have been a medieval political writer if he had not focused attention upon the law as the crucial matter of political science. In fact, one can go as far as to say that his theory of law was the pivot of his political doctrine⁵⁹. »

Avec la publication de *Law and Politics in the Middle Ages* [...], le discours d'Ullmann sur l'étroite relation entre la pensée juridique et la pensée politique prend la forme d'une véritable synthèse où l'auteur résout les contradictions qu'il avait auparavant soulevées. On peut donc constater que, à la suite de plusieurs tentatives, Ullmann finit par proposer une explication plus cohérente du droit comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et ecclésiologique ; il en suggère même une lecture par laquelle il met en évidence avec précision les époques où le droit s'est avéré particulièrement important en tant que lieu d'expression de cette pensée.

55. W. ULLMANN, *loc. cit.*, note 16, 69.

56. *Id.*, 68-69.

57. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 39, p. 215.

58. *Id.*, p. 290.

59. W. ULLMANN, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Middlesex, Harmondsworth, 1965, p. 207.

À l'origine, c'est dans les lois et les décrets que les gouvernants ont exprimé la pensée politique. À partir de la fin du XII^e siècle, avec la redécouverte du droit romain et l'élaboration d'une science canonique, la théorie du droit est devenue le lieu privilégié de l'expression de la pensée politique et ecclésiastique. Ce n'est qu'à compter du XIII^e siècle que la pensée politique s'exprime progressivement en dehors du domaine juridique. Ce qui permet à Ullmann d'affirmer : « Until the late thirteenth century the study of political ideas is primarily part of historical jurisprudence with special reference to public law⁶⁰. » C'est d'ailleurs dans la perspective de la jurisprudence historique que l'auteur retrace l'histoire du droit canon comme lieu d'expression et d'élaboration de la pensée politique et ecclésiologique.

Pour Ullmann, l'expression de la pensée ecclésiologique dans le droit canon a été facilitée par la présence dans la Bible latine de nombreuses notions juridiques latines et par la propension qu'a toujours eue la papauté à recourir au droit en matière d'administration et d'organisation⁶¹. Au IX^e siècle, avec la montée du pouvoir des évêques au détriment de l'institution de la papauté et à cause de la grande coopération entre les évêques et les monarques, l'expression de la pensée ecclésiologique et politique se retrouve davantage dans les écrits des évêques, dans les canons des conciles régionaux et dans les édits des monarques⁶².

Au XII^e siècle, après la systématisation du droit canon dans la compilation de Gratien, l'expression de la pensée ecclésiologique, et par le fait même de la pensée politique, apparaît chez les commentateurs du droit canon puis dans les décrétales des grands papes législateurs du XIII^e siècle⁶³.

Au XIV^e siècle, le séjour de la papauté à Avignon et le grand schisme d'Occident ont contribué à discréditer la papauté en tant qu'institution : en conséquence, le droit canon issu de la papauté n'est plus désormais le lieu d'expression privilégié de la pensée ecclésiologique et surtout de la pensée politique⁶⁴.

Par contre, au XV^e siècle, avec la montée du mouvement conciliaire, c'est dans les commentaires et la remise en question de la pensée constitutionnelle de l'Église que s'exprime une pensée ecclésiologique et politique,

60. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 35, p. 28.

61. *Id.*, p. 119. Il s'agit de thèmes présents dans l'œuvre d'Ullmann depuis la rédaction de « The Bible and Principles of Government in the Middle Ages », *Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull' Alto Medioevo*, vol. X, 1963, pp. 183-227. Voir également W. ULLMANN, « The Cosmic Theme of the Prima Clementis and its Significance for the Concept of Roman Rulership », *Studia Patristica*, vol. CVIII, 1972, pp. 85-91.

62. *Id.*, p. 127.

63. *Id.*, p. 137 et suiv.

64. *Id.*, p. 150.

mais les canonistes n'en ont plus alors le monopole de l'élaboration car elle est aussi l'œuvre des théologiens. Cette pensée politique reposait sur des prémisses différentes de celles du droit canon et Ullmann ajoute :

[...] and it was this law, in numerous regards not relevant to contemporary society, which the canonists had to interpret. The gulf between the *via moderna* and the legalized faith was beginning to affect the canonistic scholars whose output became little more than a diffuse regurgitation of stale, dead matter⁶⁵.

La réception des thèses d'Aristote, à partir du XIII^e siècle, a provoqué une rupture avec l'approche holistique de l'individu et de la société, point de vue présent dans la pensée de Platon et dans la doctrine chrétienne traditionnelle. Les thèses d'Aristote préconisaient une distinction entre le politique et l'éthique, entre la théologie et le politique. Elles étaient porteuses de la distinction entre le chrétien et le citoyen, entre l'Église et l'État⁶⁶.

Quant au droit romain comme lieu d'expression de la pensée politique, Ullmann mentionne que la codification de Justinien renfermait des idées et des principes politiques quant au droit public qui ont eu cours à la fin de la République romaine et sous l'Empire⁶⁷. Le pouvoir spirituel puis le pouvoir temporel en Occident se sont inspirés du droit romain⁶⁸. Avec la querelle des Investitures, le droit romain est devenu le droit du pouvoir temporel, et c'est avec le pamphlet de Pierre Crassus, qui se portait à la défense du roi Henri, que le droit romain a pénétré dans la sphère de la pensée politique médiévale⁶⁹. Les romanistes de Ravenne puis de Bologne se voient en quelque sorte réhabilités par Ullmann, car, par leur interprétation et leur adaptation de certains concepts du droit romain, ils se sont mis au service des rois germaniques et, de ce fait, ont amorcé un processus de sécularisation des institutions et des principes gouvernementaux⁷⁰. L'émergence et le développement rapide des universités sont étroitement reliés au besoin de la part de l'Empire germanique d'une pensée politique différente de celle de l'Église :

The writings of the scholars constituted one of the major sources of governmental science which laid the foundations of the later political science... Under the umbrella of legal science in the narrow meaning of the term this jurisprudence contained unaltered governmental doctrine⁷¹.

65. *Id.*, p. 188.

66. *Id.*, pp. 269-306.

67. *Id.*, p. 53.

68. *Id.*, p. 62 et suiv.

69. *Id.*, pp. 75-77. Voir également sur ce point W. ULLMANN, *op. cit.*, note 59, p. 116 et suiv. et W. ULLMANN, « Von Canossa nach Pavia », *Historisches Jahrbuch*, vol. CXIII, 1973, p. 276 et suiv.

70. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 35, p. 85 et suiv.

71. *Id.*, pp. 88-89.

Cette pensée politique qui préconisait l'origine divine du pouvoir de la monarchie ne s'est pas traduite dans la réalité des XII^e et XIII^e siècles, mais elle est devenue réalité au XIV^e siècle⁷². Elle a servi d'assise à la conception moderne de la souveraineté et a beaucoup contribué à l'élaboration de la doctrine de la création du droit et de l'obéissance au droit, particulièrement en ce qui concerne la monarchie française dès le XIII^e siècle⁷³. L'âge d'or du droit romain comme lieu d'expression de la pensée politique, selon Ullmann, se situe entre Irnerius et Azon ; Ullmann n'en souligne pas moins l'importante contribution des postglossateurs, notamment celle de Bartole qui a élaboré une conception juridique de la souveraineté et influencé grandement le mouvement conciliaire⁷⁴. Cette pensée politique fut plus stagnante toutefois aux XIV^e et XV^e siècles et a dû céder le pas à la pensée politique issue de la réception des thèses d'Aristote, pensée politique qui s'est élaborée en dehors de la tradition romaniste⁷⁵.

Dans *Medieval Foundations of Renaissance Humanism* [...], le professeur Ullmann est beaucoup plus précis sur le rôle du droit romain comme lieu d'expression de la pensée politique. Pour lui, c'est dans le processus de sécularisation du pouvoir temporel qu'il y a lieu de situer les origines médiévales de la Renaissance humaniste. Certes le droit romain n'était pas adapté au contexte médiéval, mais il a servi de modèle au pouvoir temporel. Les romanistes ont cherché des applications pratiques du droit romain aux problèmes de leur époque en s'inspirant de l'ancien droit romain contenu dans le *Digeste*, qui renfermait les grands principes de gouvernement des jurisconsultes du I^{er} au III^e siècle : « It showed a world in which the law reigned supreme, and that world was secular, precisely because ancient Rome had no connection with Christianity, with the papacy or the others ecclesiological factors⁷⁶. » Même si le droit romain a intégré aux IV^e et V^e siècles certains sujets qui concernaient la religion chrétienne, ce droit rédigé par des laïcs demeurait fondamentalement un droit séculier, un droit humain « par excellence⁷⁷ ». Le droit romain impérial a pu alimenter sans problème le fondement juridique d'une monarchie temporelle qui reposait sur la volonté du prince⁷⁸. La pensée politique élaborée à partir du droit

72. *Id.*, pp. 90-91.

73. *Id.*, pp. 91-103.

74. *Id.*, p. 108 et suiv.

75. *Id.*, p. 116.

76. W. ULLMANN, *Medieval Foundations of Renaissance Humanism*, Ithaca, Cornell University Press, 1977, p. 41.

77. *Ibid.*

78. *Id.*, p. 42.

romain restaurait ainsi la pleine souveraineté du gouvernant sans recourir à la notion de la grâce divine⁷⁹.

La sécularisation du gouvernement a conduit à l'humanisme et à la renaissance du citoyen, des concepts que les juristes ont rencontrés dans le droit romain bien avant la diffusion des thèses d'Aristote. La pensée politique des romanistes est dorénavant perçue par Ullmann comme ayant facilité la réception d'Aristote au XIII^e siècle et comme ayant contribué à la renaissance de l'être humain naturel⁸⁰.

3. Le droit comme instrument de gouvernement du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel

3.1 Quelques remarques préliminaires

Le discours de la pensée juridique moderne a tendance à attribuer au législatif le pouvoir de créer et d'élaborer le droit. À cause du principe démocratique, les juges n'étant pas élus, le rôle attribué au judiciaire se limite à appliquer le droit. En conséquence, depuis Beccaria⁸¹ et Montesquieu⁸², l'activité judiciaire est associée au syllogisme judiciaire (droit, fait, jugement).

Ce discours de la pensée juridique a toutefois été nuancé par d'éminents théoriciens du droit au bénéfice d'un rôle accru reconnu aux tribunaux dans l'élaboration du droit⁸³. Dans ce dernier cas, le pouvoir judiciaire s'inscrit toutefois dans une série de contraintes qui se manifestent dans la recherche d'une cohérence avec les décisions antérieures et les décisions des tribunaux supérieurs.

De façon générale, l'élaboration du droit de la société médiévale relève d'une autre perception. En vertu de cette perception, qui est encore très présente chez les historiens, le pouvoir royal est avant tout de nature judiciaire et la royauté se doit alors de protéger les coutumes, de promulguer les lois qui confirment le droit coutumier et de rendre la justice selon les

79. *Id.*, pp. 47-49.

80. *Id.*, pp. 197-198.

81. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979 (1764), p. 53 : « Dans le jugement de tout délit, le juge doit agir d'après un raisonnement parfait. La première proposition est la loi générale ; la seconde exprime l'action conforme ou contraire à la loi ; la conséquence est l'absolution ou le châtement de l'accusé. Si le juge est contraint de faire un raisonnement de plus, ou s'il le fait de son chef, tout devient incertitude et obscurité. »

82. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979 (1748), p. 203 et suiv.

83. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 453 et suiv. ; C. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 1-8.

coutumes et les lois du pays. « Les grands hommes de loi médiévaux n'étaient pas des législateurs. Ils se contentaient de retrouver le droit ancien et de le rétablir dans l'éclat de sa véracité⁸⁴. »

Selon cette perception, le gouvernement s'exerce par l'entremise d'un monarque qui intervient en fonction d'un pouvoir judiciaire. Par contre, la redécouverte du droit romain va contribuer à l'émergence du roi législateur :

Scientific jurisprudence gradually began to change the vocabulary of statecraft, and the new vocabulary began to influence statecraft itself. If those concerned continuously read and heard and had discussions about [...] the fact that the prince is not only decorated with arms, but also armed with laws; that the prince is *legibus alligatus*, though in some respects he be *legibus solutus*, and that what pleases him has the strength of law, then indeed it should not be surprising to find that the prince accepted and grew into the new role of legislator. Indeed, the law-making king began to eclipse the lawpreserving king of earlier centuries, and the *rex legislator* superseded the more religiously tinted *rex iustus*⁸⁵.

Selon cette approche, ce n'est qu'à partir du XIII^e siècle que le pouvoir royal a assumé une suprématie sur l'ordre juridique, particulièrement par rapport au droit coutumier. Voici un autre excellent énoncé de cette thèse quant à

la conception du droit et de la loi dans l'État médiéval naissant. Contrairement à ce qui se passe à Rome, la primauté du droit est la règle fondamentale, il préexiste à l'État dont il ne dépend pas. Dans un tel contexte, la relation romaine entre État et droit est complètement inversée et la législation positive, au moins à ses débuts, n'a guère d'autre fonction que de reconnaître, confirmer ou, dans la meilleure hypothèse, infléchir et corriger une règle qui existe déjà, en veillant à ce qu'elle soit respectée. Voilà pourquoi le roi a été *justicier* avant d'être *législateur*⁸⁶.

L'approche d'Ullmann sur ces questions est différente. Son discours découle d'une conception du droit médiéval qui n'est pas unanimement partagée et qui s'inspire de Vinogradoff pour qui il est impossible de penser au droit sans une organisation politique pour le supporter et également inconcevable de penser à un État sans le droit. Vinogradoff ajoute aussi :

The first alternative is absurd, because law requires for its existence and application an organization to put it into force. The action of such an organization may be limited to recognizing and supporting rules framed by other agencies, say by priests, or by juriconsults, or by experts in commerce or in folklore⁸⁷.

84. A.J. GOUREVITCH, *Les catégories de la culture médiévale*, Paris, Gallimard, 1983, p. 168.

85. E.H. KANTOROWICZ, « Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence », dans M. CLAGETT, G. POST et R. REYNOLDS (dir.), *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, University of Wisconsin Press, 1961, p. 99.

86. A. RIGAUDIÈRE, « Loi et État dans la France du Bas Moyen-Âge », dans N. COULET et J.-P. GENET (dir.), *L'État moderne : le droit, l'espace et les formes de l'État*, Paris, CNRS, 1990, p. 37 (l'italique est de nous).

87. P. VINOGRADOFF, *Historical Jurisprudence*, Londres, Oxford University Press, 1923, p. 84 (l'italique est de nous).

En conséquence, pour Ullmann, « [t]he view still frequently held that in the M.A. law was « discovered » or « found » and not created by a special organ, is one of the myth that dies hard⁸⁸ ».

3.2 Le discours d'Ullmann

Dans sa première monographie, l'une des conclusions d'Ullmann jugée surprenante est la suivante : Luc de Penna a élaboré une théorie du pouvoir qui repose sur une souveraineté législative plutôt que judiciaire. La loi est un commandement raisonnable de portée générale édicté par une autorité compétente et qui réglemente la vie sociale par des injonctions et des prohibitions⁸⁹. Le législateur doit promouvoir le bien commun de ses sujets et le droit « is the instrument whereby he can most effectively enhance the common weal⁹⁰ ». En s'appuyant sur la souveraineté législative préconisée par Luc de Penna, Ullmann s'inscrit alors en faux contre les thèses du médiéviste A.J. Carlyle pour qui la loi au moyen âge était l'expression de la volonté de toute la communauté⁹¹.

Par la suite, Ullmann attribue en quelque sorte l'origine de cette conception de la souveraineté législative à la papauté qui s'est faite la promotrice de cette idée que seule la papauté est habilitée à décréter les règles qui régissent la communauté des chrétiens. C'est le pape qui doit juger et légiférer sur toute matière qui concerne la société chrétienne⁹². « Legislation, next to jurisdiction, is, as we have said, the vital channel through which any government, if it deserves this name, must function⁹³. »

En 1960, le professeur Ullmann a développé le thème des fondements juridiques de la papauté en tant qu'institution dans quelques articles⁹⁴. C'est toutefois dans son article « Law and the Medieval Historian » qu'il se fait le plus explicite sur le thème du droit comme instrument de gouvernement du pouvoir spirituel. Ullmann insiste dans un premier temps sur la notion de *jurisdictio* qui, dans la pensée juridique romaine, désigne l'autorité de décréter des règles contraignantes. Pendant la majeure partie du moyen âge, le droit n'est pas une règle contenue dans un statut de portée générale mais

88. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 35, p. 30.

89. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 2, p. 44 et suiv.

90. *Id.*, p. 55.

91. *Id.*, p. 201.

92. W. ULLMANN, *The Growth of Papal Government: A Study in the Ideological Relation of Clerical to Lay Power*, Londres, Methuen, 1962, p. 291.

93. *Id.*, p. 294 (l'italique est de nous).

94. W. ULLMANN, « Leo and the Theme of Papal Primacy », *Journal of Theological Studies*, vol. XI, 1960, pp. 25-51 ; W. ULLMANN, « The Significance of the *Epistola Clementis* in the Pseudo-Clementines », *Journal of theological studies*, vol. XI, 1960, pp. 295-317.

dans un *pronunciamento* qui tranche un point controversé particulier. Cette décision, émanant d'une autorité qui jouit d'une juridiction universelle, perd son caractère individuel et devient applicable aux circonstances similaires. « To possess *jurisdictio* is the same as to possess *gubernatio*, and its holder was appropriately termed *gubernator*⁹⁵. »

Ullmann reproche aux historiens d'avoir ignoré la compétence législative de la papauté contenue dans les thèses du pape Léon I^{er}⁹⁶. Les historiens ont refusé de voir primordialement dans la papauté une institution légale qui, par l'intermédiaire des décrétales, gouvernait en établissant les règles de conduite de la société chrétienne, transformait une pure doctrine en une règle d'action contraignante⁹⁷ : « What the law of the papacy like any other law attempted was to direct the path of the society entrusted to it⁹⁸. »

En abordant le thème du droit comme instrument de gouvernement, Ullmann a été placé devant l'existence d'un droit qui *prima facie* n'est pas mis en application par une instance dotée d'un pouvoir de contrainte⁹⁹.

Pour Ullmann, ce qui rend unique le gouvernement pontifical, c'est que les décrets de la papauté ont constitué du droit dans la sphère publique sans la participation d'institutions reliées à la mise en application forcée de la norme. Une situation qui a pu exister étant donné la crainte de la damnation éternelle¹⁰⁰. Ullmann est alors peu explicite sur ce point, mais il reviendra souvent dans ses ouvrages sur cette caractéristique du droit de l'Église en proposant d'autres raisons pour expliquer l'efficacité de ce droit comme instrument de gouvernement malgré l'absence de contrainte.

Ullmann poursuit son essai en proposant sa lecture du droit du pouvoir temporel. Dans la conception chrétienne de la société, tout pouvoir vient de Dieu, ce qui accrédite à première vue « the old thesis of the *lex* being a *donum Dei* transmitted through the king¹⁰¹ ». Mais, selon Ullmann, cette analyse est erronée, car le roi ne représente pas la population mais a le devoir de veiller aux intérêts de la population qui lui est confiée. Celle-ci doit

95. W. ULLMANN, *loc. cit.*, note 16, 35.

96. *Id.*, 39-40.

97. *Id.*, 45-47.

98. *Id.*, 46 (l'italique est de nous).

99. Contrairement au médiéviste Brian Tierney qui a recours à l'occasion à de nouvelles conceptualisations du droit pour rendre compte davantage de l'efficacité du caractère déclaratoire du droit, la démarche d'Ullmann repose sur une conceptualisation où le droit ne peut exister sans contrainte. Voir B. TIERNEY, « Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts, 1150-1250 », *History of Political Thought*, vol. X, 1989, pp. 615-646.

100. W. ULLMANN, *loc. cit.*, note 16, 47 et 50.

101. *Id.*, 54.

être gouvernée ; le droit est établi par le roi et il est le seul dans la conception théocentrique à posséder le pouvoir de légiférer dans le domaine de sa compétence, et ce pouvoir de gouverner s'exerce par le droit¹⁰². Son pouvoir à cet égard est toutefois différent dans les domaines qui relèvent du droit féodal où le droit est alors non seulement le fait du roi mais également des barons¹⁰³.

Par la suite, lorsqu'il revient sur le caractère contraignant du droit, à une période de son œuvre où la Bible est dorénavant reconnue comme fondement de la pensée politique médiévale, Ullmann propose une lecture nouvelle des fondements du droit.

Après avoir retracé dans la Bible latine, particulièrement dans l'Ancien Testament, les différents principes à la base de la conception du gouvernement et du droit au moyen âge, Ullmann soutient que les origines se trouvent davantage dans la Bible que dans la constitution romaine de la fin de l'Empire¹⁰⁴. Pour Ullmann, la Bible est spécialement explicite sur le pouvoir de légiférer du gouvernant :

Here within jurisprudential terms the Bible exercised perhaps its strongest influence, for in it the whole function of the ruler is epitomized as the source of law and justice. And it may well be that the legalistic complexion of the Middle Ages was a direct reflexion of biblical ways of thinking¹⁰⁵.

Ullmann revient cette année-là sur le thème de la nature du droit et du gouvernement de l'époque médiévale dans un long article consacré à l'analyse du rapport de la papauté avec la communauté des croyants¹⁰⁶. Il souligne le défi que représente pour la jurisprudence historique l'analyse d'un droit « related both to the functioning of society on earth, but with a view to the other world¹⁰⁷ ». Cette dualité est particulièrement manifeste dans le domaine des sanctions :

If one wishes to appreciate it fully, one should realize that in other societies the transgressor of a law experiences sanctions of a kind which in one way or another impinge upon his material well-being, be it in the shape of monetary compensation or withdrawal of certain social privileges or the deprivation of freedom, and so on. In short, the sanctions attached to ordinary laws are of concrete character. This feature is absent from the kind of laws given by the functionally qualified members

102. *Id.*, 54-55.

103. *Id.*, 60 et suiv. C'est essentiellement cette analyse qu'il reprendra plus tard : W. ULLMANN, *op. cit.*, note 39, p. 57 et suiv.

104. W. ULLMANN, « The Bible and Principles of Government in the Middle Ages », *loc. cit.*, note 61, 224.

105. *Id.*, 210.

106. W. ULLMANN, « The Papacy and the Faithful », *Gouvernés et gouvernants*, vol. XXV, 1963, pp. 7-45.

107. *Id.*, 21-22.

of the Church. Their sanctions mirror the essence of the laws very unmistakably : they have reference again only to the essentially amundane purpose of the society and its laws : it is ex-communication, interdict, and the like which are the sanctions attached to the transgression of the ecclesiastical laws and which focus attention on the sacramental-charismatic substratum of the laws¹⁰⁸.

Dans un autre article de la même époque, « On the Heuristic Value of Medieval Chancery Products, with Special Reference to Papal Documents », Ullmann livre une étude intéressante des différents types d'écrits pontificaux (*Privilegia, Litterae*, etc.) par lesquels le pouvoir de légiférer de la papauté s'est exprimé¹⁰⁹.

Dans « Historical Jurisprudence, Historical Politology and the History of the Middle Ages », Ullmann poursuit sa réflexion sur la Bible en tant que fondement de la pensée juridique et politique de l'Église. Le droit fondé sur la Bible a été perçu comme l'*anima* du corps public : comme l'âme, le droit est éternel ; c'est dans cette perception que l'on retrouve la manifestation de l'État de droit. Le légalisme présent au moyen âge est la preuve que c'est par l'instrumentalité du droit qu'un corps public peut vivre, se développer et atteindre sa finalité :

The element that vivifies the kingdom etc., that element which makes a public body alive, is the law : the law is the substratum, is the life-giving agency, is the life-blood of society, and has the same function in the body public as has, allegedly, the soul in the individual man¹¹⁰.

Malgré l'absence de sanctions concrètes, Ullmann incorpore le caractère contraignant du droit dans la nature même du droit médiéval qui est issu de la Bible. Conséquemment, pour Ullmann, la désobéissance au droit constitue une remise en question de la foi et presque un acte de rébellion. Le droit a donc dans ce contexte un caractère très contraignant et le pouvoir de façonner la société¹¹¹.

Ullmann développe abondamment le thème du droit comme instrument de gouvernement malgré l'absence de sanctions concrètes à l'occasion de son analyse du statut de l'individu au moyen âge. Dans *The Individual and Society in the Middle Ages*, toute cette question est dorénavant abordée comme une composante essentielle de la foi :

And because he had faith, he obeyed the law, in the creation of which he had no share. Faith, in other words, yielded the essential substratum for the validity and

108. *Id.*, 22.

109. W. ULLMANN, « On the Heuristic Value of Medieval Chancery Products, with Special Reference to Papal Documents », *Annali della Fondazione Italiana per la storia amministrativa*, vol. I, 1964, pp. 117-134.

110. W. ULLMANN, *loc. cit.*, note 25, 210.

111. *Id.*, 214.

efficacy of the law. Differently expressed, the element of obedience presupposed the existence of faith¹¹².

À l'appui de cette thèse, Ullmann relève l'importance de la notion d'obéissance chez Augustin, Grégoire le Grand, dans le décret de Gratien¹¹³, etc.

Dans son étude de la Renaissance carolingienne, le droit comme instrument de gouvernement occupe une place fondamentale, car c'est principalement par le droit que se transforme la société franque. Le processus de transformation est amorcé en 742 par la convocation d'un concile dont le but est de conseiller le roi dans la formulation de capitulaires qui établiront la loi de Dieu pour le peuple de Dieu¹¹⁴. La transformation de la société franque s'est effectuée par des capitulaires qui reprenaient les directives énoncées dans les synodes concernant par exemple les fonts baptismaux, les jours fériés, le dimanche, le parjure, l'usure. En fait, jamais les lois du pouvoir temporel n'ont autant abordé des matières relevant de l'ordre religieux¹¹⁵.

Selon Ullmann, le problème de l'absence de pouvoir de contrainte de la part de l'Église a été résolu pendant la période carolingienne par le fait que le droit du pouvoir temporel était entièrement au service de l'idéologie religieuse formulée par le clergé. De plus, Charlemagne a imposé aux comtes le devoir d'assister le clergé dans ses fonctions judiciaires. Il a élevé au rang de principe constitutionnel l'obéissance due aux évêques par les comtes, les juges et toute la population¹¹⁶. Enfin, les évêques ont été investis d'un pouvoir d'inquisition notamment en matière d'inceste, d'adultère, de meurtre, de vol, de sacrilèges. Ils ont même exercé un pouvoir de contrôle sur l'appareil gouvernemental en pouvant sanctionner d'excommunication les officiers royaux négligents¹¹⁷. Bref, selon Ullmann, ce qui distingue le plus l'époque mérovingienne de l'époque carolingienne, ce sont les effets dorénavant très tangibles associés à l'excommunication ; il ne s'agit plus seulement de la crainte de la damnation éternelle, mais l'excommunié est exclu de toute activité publique : « Those who were solemnly and publicly excommunicated were unable to live a civic life and were considered from the social, public and legal point of view, dead persons¹¹⁸. »

112. W. ULLMANN, *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1966, p. 12.

113. *Id.*, pp. 12-15.

114. W. ULLMANN, *The Carolingian Renaissance and the Idea of Kingship*, Londres, Methuen, 1969, p. 21.

115. *Id.*, pp. 30-31.

116. *Id.*, pp. 31-32.

117. *Id.*, pp. 32-33.

118. *Id.*, p. 34.

Dans *A Short History of the Papacy of the Middle Ages*, Ullmann livre une véritable synthèse de son discours sur le thème du droit comme instrument de gouvernement. Dès le début de son ouvrage, il signale que l'Église de Rome, même avant Constantin, « was entirely in line with the principle that the law should be the vehicle of government¹¹⁹ ».

Certes le gouvernement impérial du IV^e siècle a servi de modèle à l'Église de Rome qui a procédé à l'établissement d'une chancellerie et à l'archivage des documents pontificaux¹²⁰. Toutefois, c'est Tertullien qui, en traduisant la doctrine chrétienne en concepts légaux, a permis à la papauté de devenir une institution de gouvernement qui a assumé la direction des chrétiens au moyen du droit. Selon Ullmann, en transmettant « the idea of the law as the vehicle of government the Roman papacy has made a fundamental and perhaps its most important contribution to the making of Europe¹²¹ ».

Malgré cette adhésion au principe du droit comme instrument de gouvernement de la part de la papauté, le gouvernement pontifical ne s'est établi dans la réalité que progressivement. Bien souvent les mesures législatives sont demeurées lettres mortes, « and one of the reasons was that the machinery for their enforcement did not as yet exist¹²² ». C'est à partir du XII^e siècle que se concrétise plus complètement cette traditionnelle adhésion au principe du droit comme instrument de gouvernement. La compilation de Gratien a donné naissance à la formation de juristes versés en droit canon et en droit romain. Auparavant, la papauté comme institution gouvernementale a toujours opéré avec le droit, mais les techniciens qui avaient une formation juridique n'existaient pas. De plus, la formation en droit canon a donné naissance à une génération de papes juristes, ce qui a représenté un net avantage sur tous les autres gouvernants de l'époque. Dorénavant la papauté, en tant que monarchie pontificale, a les instruments pour se réaliser efficacement, à savoir un droit et une cour de justice qui contribue à la mise en application du droit. À partir de cette époque, une ère nouvelle pour la papauté commence¹²³.

C'est avant tout par l'entremise de milliers de décrétales que le droit en tant qu'instrument du gouvernement pontifical a transformé la société. Par exemple, sous le pontificat d'Alexandre III, plus de 4 000 décrétales ont

119. W. ULLMANN, *A Short History of the Papacy in the Middle Ages*, Londres, Methuen, 1972, p. 4.

120. *Id.*, pp. 7-8.

121. *Id.*, p. 11.

122. *Id.*, p. 138.

123. *Id.*, pp. 179-181.

transformé le droit de Gratien en un droit de portée universelle qui a mis le point final à la querelle des Investitures¹²⁴.

Ullmann précise plus avant sa conception du droit comme instrument de gouvernement en consacrant un chapitre au fonctionnement de la curie romaine du XIII^e siècle. Il y analyse avec minutie le droit des décrétales. Il s'agit d'un droit qui, tout en n'étant pas un droit au sens moderne du terme ou au sens du droit romain impérial, n'en constitue pas moins une règle contraignante énoncée dans un cas particulier et qui revêt une portée universelle du fait qu'elle est promulguée par une institution de caractère universel. Sous certains aspects, le droit des décrétales peut être assimilé au *English case law*¹²⁵.

Le droit canon assimilable au droit moderne et au droit romain impérial est celui des conciles généraux. Mais ce droit pouvait être modifié d'un seul trait de plume par la papauté dont le pouvoir créateur de droit n'avait comme limite que les prescriptions du droit divin. Le droit des décrétales de la papauté était donc issu d'un organe doté à la fois d'une capacité gouvernementale, législative et judiciaire : « Legislative and judicial functions were not only not separated, but were intrinsically and programmatically fused¹²⁶. »

Après différentes tentatives, Ullmann réussit donc à proposer une analyse cohérente pour rendre compte du droit comme instrument de gouvernement malgré l'absence, à certaines époques, d'un véritable pouvoir de contrainte.

À partir de *Medieval Foundations of Renaissance Humanism* [...], Ullmann met davantage l'accent sur le droit public romain comme source directe ou indirecte de la souveraineté législative. Rappelant l'importance du droit comme l'instrument privilégié du gouvernement dans l'établissement d'une société régie par la doctrine chrétienne à l'époque carolingienne, Ullmann présente l'émergence de la renaissance humaniste comme étant un procédé inverse. C'est le droit public romain qui a servi de modèle et d'instrument aux gouvernements du pouvoir temporel pour s'opposer à l'emprise du pouvoir pontifical à la suite de la querelle des Investitures¹²⁷.

Le professeur Ullmann a effectué un retour particulièrement intéressant sur le thème du droit comme instrument de gouvernement dans son

124. *Id.*, pp. 199-200.

125. *Id.*, p. 235.

126. *Ibid.*

127. W. ULLMANN, *op. cit.*, note 76, p. 36 et suiv. Voir au même effet : W. ULLMANN, « On the Medieval Origins of the Renaissance », dans A. CHASTEL *et al.*, *The Renaissance : Essays in Interpretation to Eugenio Garin*, Londres, Methuen, 1982, pp. 33-82.

article « Public Law as an Instrument of Government ». Selon lui, le droit public a été négligé comme instrument de gouvernement ; pourtant, aucun gouvernement ne peut exister ni fonctionner sans s'en remettre au droit public comme instrument pour diriger et guider la société¹²⁸.

Les empereurs romains ont eu recours au droit public romain tel qu'il a été défini par Ulpien (*sacra, sacerdotes, magistratus*) pour réglementer la religion chrétienne, d'où la convocation d'un concile œcuménique pour mettre fin à des dissensions sur le dogme. La papauté s'est ensuite opposée à l'ingérence de l'empereur Zénon dans les affaires internes de la chrétienté en refusant l'application de l'ancien droit public romain à une société chrétienne. Cette opposition « culminated in the thesis of the intimate connection between government, law and society¹²⁹ », une triade qui reflétait bien la thèse « organicologique » de l'Église.

Dans sa dernière monographie consacrée à la papauté du ^{ve} siècle, Ullmann revient évidemment sur les origines de la conception de la souveraineté législative : « Im Wesen unterschieden sich die päpstlichen Dekretalen in nichts von den kaiserlichen Dekreten¹³⁰. »

L'analyse du droit public romain comme instrument de gouvernement est reprise également dans *Gelasius I*¹³¹, mais c'est toutefois dans le cadre de deux conférences données sur la monarchie médiévale qu'il trace un portrait plus complet de ce thème. Poursuivant une analyse amorcée dans « Roman Public Law and Medieval Monarchy : Norman Rulership in Sicily »¹³², le professeur Ullmann estime qu'il faut considérer que le recours au droit par la monarchie médiévale a comme fondement direct ou indirect le droit public romain. Dans certains cas, comme en Germanie au ^{xii}e siècle, le retour au droit romain public est responsable de la velléité des monarques d'exercer un contrôle sur le clergé ; dans d'autres cas, comme en Sicile, le monarque normand s'inspire du droit public romain qui s'est maintenu de façon confuse par l'intermédiaire de la tradition et de la coutume. Il y a donc

128. W. ULLMANN, « Public Law as an Instrument of Government in Historical Perspective : New Rome and Old Rome in the Light of Historical Jurisprudence », *Diritto e Potere della Storia Europea. Atti del Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto* : in *Onore di Bruno Paradisi*, Florence, 1982, p. 37. Réédité dans W. ULLMANN, *op. cit.*, note 20, I, pp. 37-52.

129. *Id.*, 50.

130. W. ULLMANN, *Gelasius I (492-496)*, Stuttgart, Hiersemann, 1981, p. 23 : « Pour l'essentiel les décrétales pontificales ne diffèrent en rien des décrets impériaux » (notre traduction).

131. *Id.*, p. 189 et suiv.

132. W. ULLMANN, « Roman Public Law and Medieval Monarchy : Norman Rulership in Sicily », dans W. DE VAS *et al.* (dir.), *Acta Juridica : Essays in honour of Ben Beinart*, t. III, Cape Town, 1979, pp. 157-184.

lieu de reconnaître au droit public romain une contribution importante à la conception de la monarchie médiévale¹³³.

Conclusion

La méthode juridique en histoire préconisée par le professeur Ullmann repose sur des énoncés, des lieux communs de la pensée juridique occidentale : le droit est un reflet de la réalité sociale, le droit est le lieu d'expression de la pensée politique, le droit est un instrument de gouvernement. Ces thèmes empruntés au discours théorique du droit, le professeur Ullmann les a circonscrits, développés et situés dans une perspective historique. Il a indiqué avec précision les époques où le droit a été plus dominant et a cherché à établir les raisons qui expliquent l'importance relative du droit pendant la période médiévale.

Il ressort que l'historien reprend constamment des éléments qui découlent au départ d'une certaine conceptualisation du droit et du gouvernement. Par la suite, il développe une analyse historique de ces éléments.

De ce fait, le professeur Ullmann a apporté une contribution notable au domaine de la jurisprudence historique, discipline dont il s'est fait également le promoteur. Son apport à cet égard a peu fait l'objet d'exposés systématiques, et c'est de façon diffuse dans son œuvre que se retrouvent ses énoncés sur le droit qui relèvent du domaine de la jurisprudence historique. La forme particulière que prend le discours d'Ullmann sur le droit peut expliquer le fait que, même si sa contribution à l'histoire de la pensée ecclésiologique et de la pensée politique a été généralement reconnue, cette importante contribution à la jurisprudence historique a toutefois été passée sous silence.

133. W. ULLMANN, « Medieval Monarchy », *Sewanee Mediaeval Colloquium Occasional Papers*, Sewanee, Tennessee, Juta and Co. Ltd., 1982, pp. 19-59. Réédité dans W. ULLMANN, *op. cit.*, note 16, V, pp. 157-184.